

Tema X

La sustitución

SUMARIO: **1. Noción** **2. Clases** 2.1. *Vulgar* 2.2. *fideicomisaria* 2.3. *Pupilar* 2.4. *Ejemplar*

1. NOCIÓN¹

La sustitución en el ámbito sucesoral es el llamamiento que hace el testador a un segundo heredero a título universal o particular –legatario–, para el supuesto de que el primero no tenga lugar². Opera en virtud de

¹ Véase: ALBALADEJO, Manuel: *Sustituciones hereditarias*. Oviedo, Editorial Gráficas Summa, 1956; FALCÓN O'NEILL, Lidia: *De la sustitución: sustituciones hereditarias y fideicomisos (Texto. Jurisprudencia. Comentario)*. Barcelona, Colección Nereo, 1962; LAURENT, ob. cit., t. XIV, pp. 425-679; PUIG I FERRIOL, Lluís: «Sustitución vulgar y sustitución fideicomisaria». En: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. N.º 2, Madrid, Civitas, 1983, pp. 545-554; IRURZUN, Domingo: «Las sustitución fideicomisaria ¿implica la vulgar?». En: *El Notario del siglo XXI*. N.º 46. Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2012, <http://www.elnotario.es/>; LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «La sustitución ejemplar: inconvenientes y ventajas de la tesis amplia y estricta». En: *El Notario del siglo XXI*. N.º 41. Madrid, Colegio Notarial de Madrid, 2012, <http://www.elnotario.es/>; DE LA FUENTE HONTAÑÓN, Rosario: «La evolución del fideicomiso y las sustituciones fideicomisarias en el Derecho Civil peruano». En: *Revista de Derecho*. Piura, Universidad de Piura, 2000, pp. 59-73, http://www2.udg.edu/portals/156/articles/article_960.pdf.

² Véase: FERRANDIO BUNDIO, ob. cit., p. 90, se presenta como una medida preventiva para el caso de que los primeros instituidos no accedan a la formalización definitiva de su derecho. Véase también: RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 215, el causante efectúa testamentariamente el llamamiento de un segundo heredero o legatario para el caso de que el primero no tenga efectividad; SANOJO, ob. cit., p. 22, la sustitución es una disposición testamentaria por la cual una persona es llamada a una herencia o un legado a falta de otra; CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 395; LAURENT, ob. cit., t. XIV, p. 439, es una disposición que trata de conservar la institución; SALGUERO QUINTANA y VIVAR SANABRIA, ob. cit., pp. 59-61.

disposiciones por las que el testador llama a un tercero en defecto de otra persona o después de ella³. La sustitución lleva consigo la idea de suplencia⁴, aunque se distingue de la «subrogación»⁵. Supone la previsión que el causante hace en su testamento para el supuesto de que el o los llamados en primer término no lleguen a serlo⁶. Es el llamamiento de un posible sucesor subordinado a la improcedencia del llamamiento precedente⁷.

Dentro de la autonomía de la voluntad el testador está facultado no solo para disponer de sus bienes, sino para designar sustitutos, la libre «testamentificación» le da plena soberanía al causante en este sentido⁸; la sustitución hereditaria deriva, pues, de la libertad de testar, el testador dispone tanto al instituido como al sustituto⁹. El origen de la figura se encuentra

³ Véase: LÓPEZ, José Ramón: «La cláusula residual en las sustituciones fideicomisarias. El fideicomiso de residuo». En: <https://www.luriscivilis.com/2009/03/la-clausula-residual-en-las.html>, «son aquellas disposiciones testamentarias por las que el testador llama a un tercero a la herencia o legado, en defecto de otra persona o después de ella»; MOLINA PORCEL, Marta: *Derecho de Sucesiones*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 278, siguiendo a REGNIN indica que es la disposición en virtud de la cual un tercero es llamado a recibir un activo hereditario en defecto de un persona o después de ella; GUTIÉRREZ BARRENENGOA *et al.*, ob. cit., p. 247, se trata de disposiciones testamentarias por las que se llama a un tercero a la herencia o legado, en defecto o después de otra persona. Véase también: ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, ob. cit., p. 271, la sustitución es una disposición testamentaria en virtud de la cual un sucesor es llamado a falta –sustitución vulgar– o con posterioridad –sustitución fideicomisaria– del primer instituido.

⁴ SUÁREZ FRANCO, ob. cit., p. 300.

⁵ Véase: JOSSEERAND, ob. cit., vol. III, p. 400, la palabra «sustitución» evoca la idea de colocación en lugar de una persona; se impone su aproximación con la «subrogación», pero el subrogado sucede absoluta y directamente al subrogante cuya sucesión toma, mientras que el sustituto es el causahabiente, no tanto su predecesor, cuanto del disponente, del autor de la liberalidad; y sobre todo, el campo de las sustituciones está limitado a las liberalidades.

⁶ SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 151.

⁷ MESSINEO, ob. cit., p. 120.

⁸ ROJINA VILLEGAS, ob. cit., p. 146.

⁹ TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 52. Véase también: ZANNONI, ob. cit., p. 600, se ha definido la sustitución hereditaria diciendo que es la disposición por la cual el testador

en el Derecho romano donde fue utilizada tanto por el predominio de la sucesión testamentaria como por la preocupación de morir intestado¹⁰. La figura de la sustitución hereditaria constituye expresión de la amplia libertad de testar¹¹, aunque huelga añadir que no puede perjudicar los derechos del heredero forzoso¹².

Indica la doctrina que tal llamamiento puede ser directo o indirecto, según sea único para el instituido y el sustituto o bien dos llamamientos en orden sucesivo, respectivamente¹³. La figura está regulada en los artículos 959 al 966 del Código Civil.

Dispone el artículo 959: «Puede sustituirse en primero o ulterior grado otra persona al heredero o al legatario para el caso en que uno de ellos no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado. Se pueden sustituir varias personas a una o una a varias».

La doctrina indica que de tal disposición se deduce: i. Que la sustitución es previa a la aceptación de la herencia, pues si opera la misma aquella es ineficaz, ii. La sustitución precisa necesariamente de la no aceptación del sustituido, iii. Precisa que el sustituto sobreviva al testador, aunque muera antes de que el sustituido renuncie a la herencia, iv. El sustituto transmite el derecho a sus herederos¹⁴. Se agrega que el sustituto no puede ser simultáneamente

instituye en orden subsidiario una persona para el caso de que el instituido en primer término no llegue a suceder.

¹⁰ CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 365. Véase también: DOMINICI, ob. cit., p. 221, las sustituciones deben sin duda su origen a las necesidades que en Roma se tenían de evitar las numerosas causas que impedían la sucesión del heredero; FALCÓN O'NEILL, ob. cit., p. 4, las sustituciones aparecen en Roma por la ineludible necesidad impuesta por el espíritu de la época de salvaguardar la integridad de los bienes del patrimonio familiar de la sucesión *ab intestato*.

¹¹ NÚÑEZ BARROSO, ob. cit., p. 103.

¹² DOMINICI, ob. cit., p. 222.

¹³ Véase: SOJO BLANCO, ob. cit., p. 357.

¹⁴ Véase: *ibíd.*, pp. 357 y 358.

instituido y haber renunciado a la herencia, porque dicha renuncia incluye la sustitución¹⁵. La sustitución puede tener lugar respecto de herederos y legatarios¹⁶.

La sustitución se diferencia de la «representación» porque esta procede en la sucesión *ab intestato* en los términos de ley, en tanto que la sustitución tiene lugar por voluntad del causante en la sucesión testamentaria. En efecto, la sustitución opera por voluntad del causante, manifestada en el acto testamentario, por lo que se indica que «de no existir estas previsiones funcionará la representación testamentaria»¹⁷.

Señala DE RUGGIERO que toda la materia de las sustituciones era en el Derecho antiguo compleja y dificultosa, pero en el Derecho vigente se ha simplificado, pues en el Derecho italiano solo dos instituciones han sobrevivido: la sustitución vulgar y la fideicomisaria¹⁸. El ordenamiento venezolano sigue presentando, además de las dos citadas sustituciones –vulgar y fideicomisaria–, otras dos –pupilar y ejemplar– que se estudian en el presente tema y el Código Civil las incluye en los dos últimos artículos de la sección titulada: «De las sustituciones».

¹⁵ *Ibíd.*, p. 358.

¹⁶ PIÑA VALLES, *ob. cit.*, p. 146.

¹⁷ VILLAROEEL RIÓN, *ob. cit.*, p. 169. Véase: FALCÓN O'NEILL, *ob. cit.*, pp. 15 y 16, existe unanimidad en que debe existir un instituido en testamento para que en caso de imposibilidad sea llamado el sustituto.

¹⁸ DE RUGGIERO, *ob. cit.*, p. 492.

2. CLASES

2.1. *Vulgar*¹⁹

La sustitución «vulgar» –denominada así en Roma por su frecuencia²⁰– o «directa»²¹ u «ordinaria» tiene lugar cuando el testador sustituye al sucesor por otra persona en caso de que este no pueda o no quiera aceptar. Es, pues, la que tiene lugar por propia previsión del causante. Se trata en esencia de una sustitución condicional: la condición es que el primer instituido no acepte.

La figura atiende –a decir de ALBALADEJO– a que los testadores tienen preferencias, pero a veces en el testamento se plasma una jerarquía de afectos, que puede reflejarse cuantitativamente –asignando mayor cuota–

¹⁹ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 365-371; ROJAS, ob. cit., pp. 263-270; SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 358-361; ABOUHAMAD HOBAICA, ob. cit., p. 227; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 215; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 148.

²⁰ MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. III, p. 381. Véase: ALBALADEJO, *Sustituciones...*, p. 13, la aparición histórica en el Derecho romano de la sustitución vulgar se basa en la libertad de disposición *mortis causa*. Véase: BERNAD MAINAR, *Derecho romano...*, p. 109, la *substitution vulgaris* era una institución de heredero bajo condición suspensiva.

²¹ Véase: CRESPO PRADA, José Luis: «Tema 114: Sustituciones hereditarias: Sus clases. Reglas respectivas con especial consideración de la sustitución fideicomisaria. Cláusula de residuo». En: www.notariosyregistradores.com/opositores/.../no-ci-114.doc, «A esta sustitución se la califica de directa para indicar que el sustituto no recibe la herencia a través del instituido, sino directamente del testador, sin ningún tipo de limitaciones por razón de otros llamamientos»; DOMINICI, ob. cit., p. 221, sin embargo, algunos autores clasifican las sustituciones en directas e indirectas, a la primera clase corresponden todas menos las fideicomisarias; SANOJO, ob. cit., p. 22, la sustitución es vulgar cuando se da un sustituto al sucesor que no llegue a aceptar la liberalidad; la sustitución es directa cuando el instituido se sustituye a otra persona para el caso de no aceptación, se llama directa porque el instituido recibe directamente del disponente la liberalidad testamentaria. Agrega que podría ser «recíproca» cuando los instituidos son sustituidos entre sí; RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 375, opera cuando el testador designa un segundo sucesor para recoger el bien instituido en defecto del primero.

o prelativamente, estableciendo respecto de un mismo objeto un orden de delación sucesivo²². En eso se traduce la vocación subsidiaria denominada sustitución vulgar, directa u ordinaria²³.

Ciertos ordenamientos, como el mexicano, solo admiten esta especie de sustitución²⁴. Consiste en el nombramiento de una persona que sustituirá al heredero si este no ingresa en la herencia²⁵. El primer llamado es el instituido o sustituido que lo suple a su falta el sustituto²⁶. El sustituto vulgar es instituido para el caso de que otro falte²⁷. La figura se llama sustitución vulgar en el sentido de corriente, siendo realmente una institución condicional²⁸. Indica TORRES-RIVERO, en este sentido, que la sustitución testamentaria vulgar es una institución sometida a una condición *iuris*, la de quien de ser instituido no aceptó el llamado a suceder²⁹. Aunque algunos señalan que la figura se diferencia de la condición propiamente dicha que

²² ALBALADEJO, *Sustituciones...*, p. 11.

²³ *Ibíd.*, p. 12.

²⁴ BAQUEIRO ROJAS y BUENROSTRO BÁEZ, *ob. cit.*, p. 301.

²⁵ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *ob. cit.*, p. 259. En sentido semejante: CARRIÓN OLMOS *et al.*, *ob. cit.*, p. 396; GUTIÉRREZ BARRENGOA *et al.*, *ob. cit.*, p. 248.

²⁶ Véase: ALBALADEJO, *Curso...*, pp. 262 y 263, Se denomina «instituido» o «sustituido» al primer llamado, y «sustituto» al segundo. A aquél se le denomina instituido porque es el instituido preferentemente, más asimismo es instituido el segundo llamado, si bien lo es subordinado a que el primero no herede, se le denomina sustituido porque se le designa un suplente para que, si no hereda le sustituya.

²⁷ KIPP *et al.*, *ob. cit.*, p. 436.

²⁸ ALBALADEJO, *Curso...*, p. 262; ALBALADEJO, *Sustituciones...*, p. 35, la doctrina dominante ve en la figura una institución condicional. En el mismo sentido de institución condicional: LACRUZ BERDEJO *et al.*, *ob. cit.*, p. 259; FALCÓN O'NEILL, *ob. cit.*, pp. 7 y 8; RAMÍREZ, *ob. cit.*, p. 275, la sustitución no es otra cosa que una institución condicional para el caso de que la institución no pueda tener efecto; CRESPO PRADA, *ob. cit.*, *passim*.

²⁹ TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 53. Véase también www.notariosregistradores.com/opositores/.../no-ci-114.doc: «cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina mayoritaria española la considera como una institución condicional, pues el llamamiento al sustituto depende de un hecho futuro e incierto como es el que el primer instituido no quiera o no pueda aceptar la herencia».

el testador es libre de colocar, por lo que la conciben como una institución de naturaleza propia y *sui generis*³⁰. La idea del instituto condicional es matizada por algunos con una suerte de «posición intermedia» que pretende distinguir los casos en que el instituido no pueda aceptar la herencia del caso de que no quiera, siendo el segundo supuesto propiamente del instituto condicional, porque en el primero –premorienza o incapacidad– el llamamiento del sustituto es eficaz desde la apertura de la sucesión³¹. Sin embargo, si no se atiende a tal diferencia técnica sino a la voluntad del causante, que prevé un sustituto en caso de que no prospere la primera designación, se presenta como una suerte de condición, porque es indiferente la causa o circunstancia que la origina.

La sustitución puede contener pluralidad de sujetos, pues se admite que se puede sustituir a más de una persona, y a su vez pueden ser varios los sustitutos. Se distingue en tal sentido la sustitución singular de la sustitución plural. Lo anterior se deriva del contenido del citado artículo 959: «Puede sustituirse en primero o ulterior grado otra persona al heredero o al legatario para el caso en que uno de ellos no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado. Se pueden sustituir varias personas a una o una a varias». Se interpreta que ello significa que la sustitución puede ser individual o también sustitución múltiple o plural. El testador es libre de hacer las disposiciones múltiples que a bien tenga.

El artículo 960 dispone: «Si en la sustitución se ha expresado solamente uno de los dos casos, el de no querer o el de no poder, y si el primer llamado no quiere o no puede obtener la herencia o el legado, el otro caso se entiende tácitamente comprendido, siempre que no conste la voluntad contraria del testador». Aclara LÓPEZ HERRERA que en dicha norma el legislador consagra la presunción de que si el causante solo prevé una de las dos hipótesis al disponer la sustitución –el principal instituido no quiere y el principal instituido no puede–, se debe considerar que la misma cubre

³⁰ ARCE Y CERVANTES, ob. cit., p. 86.

³¹ GUTIÉRREZ BARRENGOIA *et al.*, ob. cit., pp. 249 y 250.

y comprende ambos supuestos, salvo que conste la voluntad contraria del testador. Tal voluntad contraria precisa ser clara, por ejemplo: «Instituyo a X como sustituto de todos y cada uno de mis herederos, solo para el caso de repudiación de mi herencia, pero tal sustitución quedará sin efecto en cualquier otro caso»³². La ley distingue entre el «no poder» aceptar y el «no querer» aceptar, esto es, la no aceptación podría acontecer por imposibilidad o incapacidad o contrariamente por voluntad. La norma apunta –dada la sutileza de la distinción– a que la referencia a uno de los dos supuestos que haga el testador comprende el otro, salvo previsión contraria del causante. Así el testador podría indicar «Para el caso de que X no pueda aceptar designo a J»: en tal caso el no poder aceptar la herencia comprende también el no querer aceptar la misma. Pero el causante podría detallar los supuestos específicos y disponer «Para el caso que X no pueda o este imposibilitado de aceptar la herencia designo a Z; si la no aceptación de X es netamente voluntaria designo a J». Así pues, ante la forma indistinta que suelen utilizar los términos –querer o poder– asociados a la aceptación, el legislador optó por considerarlos equivalentes, salvo previsión contraria del causante. Esto es, cuando este último distinga claramente los supuestos de imposibilidad o no poder –causa involuntaria– del no querer –circunstancia voluntaria–.

Agrega el artículo 962: «Si en el testamento se ha establecido entre más de dos herederos o legatarios, en partes desiguales, una sustitución recíproca, la parte fijada en la primera disposición se presume repetida también en la sustitución. Si otra persona es llamada a la sustitución en concurrencia con los llamados en primer lugar, la porción vacante pertenecerá por partes iguales a todos los sustitutos». Ello, según la doctrina, supone que en el caso de una sustitución recíproca –opera respecto de los mismos instituidos– entre varias personas designadas por vía testamentaria, si todas están instituidas en partes iguales, se divide entre estas la parte vacante;

³² Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, p. 368. Para el autor también podría ser tácita «Instituyo a X como sustituto de mi heredero Z, si éste repudia mi herencia, e instituyo a S como sustituto del mismo heredero Z, si este no puede aceptar la herencia que le dejo».

pero si eran instituidas en partes o porciones desiguales, la proporción fijada en las cuotas de la primera disposición se presume repetida en cuanto a la sustitución³³. Por ejemplo, si el testador dispuso: lego mi apartamento a X, W y Z, correspondiéndole al primero la mitad y a los dos últimos una cuarta parte. En caso de que uno de los últimos, a saber, Z, no suceda, esa cuota se divide en los anteriores en proporción a su cuota, por lo que a X le corresponderá el doble que a W. Pues, como afirma LÓPEZ HERRERA: «ya que sus respectivas institucionales principales guardan entre sí esa misma proporción –desde luego, si el testador hubiera dispuesto otra cosa, no se debe seguir la regla legal antes explicada, sino la voluntad del causante»³⁴. Pues se trata de una norma dispositiva o supletoria. Ahora bien, de seguidas, la norma prevé otra posibilidad: si el testamento instituye dos o más sucesores por cuotas o partes desiguales y prevé una sustitución cuyos titulares sean esos mismos instituidos principales y además otra u otras personas, la porción de la herencia o legado que quede vacante corresponde a todos los sustituidos por partes iguales, salvo disposición contraria del testador³⁵. Por ejemplo, si el causante dispone: «Designo como legatarios de mi apartamento a B por la mitad, y a C y D por una cuarta parte a cada uno. De no aceptar cualquiera de ellos su cuota pasará a los restantes y a E». En caso de faltar cualquiera de los indicados su porción de divide en partes iguales entre los restantes: así por ejemplo de faltar B su mitad se divide entre C, D y E en partes iguales.

Las obligaciones impuestas al sustituido, como es natural, se trasladan al sustituto, salvo que sea evidente el carácter personalísimo de la carga por la voluntad del testador³⁶, según prevé el artículo 961: «Los sustitutos

³³ SOJO BIANCO, ob. cit., p. 359.

³⁴ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 370.

³⁵ Ídem.

³⁶ Véase: ibíd., p. 371, LÓPEZ HERRERA coloca al efecto el siguiente ejemplo, si el testador ha instituido un heredero que es profesor, con la carga que dicte gratuitamente la cátedra de su especialidad durante determinado plazo o a ciertas personas, tal obligación es incuestionablemente de índole personal y por tal no afecta en principio al sustituto de dicho principal instituido. Pero el testador –agrega el autor–

deben cumplir las cargas impuestas a las personas a quienes sustituyan; a menos que sea evidente la voluntad del testador, de limitar estas cargas a las personas llamadas en primer lugar. Sin embargo, las condiciones que se refieren especialmente a la persona del heredero o del legatario, no se entenderán repetidas con respecto al sustituto, sino cuando así se haya declarado expresamente».

2.2. *Fideicomisaria*³⁷

Tiene lugar cuando el testador impone al sucesor la obligación de preservar la herencia o cosa legada y transmitirla a otro u otros sujetos señalados por el propio testador. Funciona, pues, como una sucesión sucesiva y condicionada por voluntad del causante, en la que el primer sucesor no tiene la plena propiedad o disponibilidad del bien o derecho del que se trate.

Se indica que en la sustitución vulgar se llama a una persona en defecto de otro, en tanto que en la fideicomisaria se llama a una persona «después» de otra³⁸. En efecto, comenta ALBALADEJO que en la sustitución fideicomisaria es llamado el instituido sustituto para después que haya sido heredero otro³⁹. La figura permite instituir sucesor a alguien, de modo que no reciba

puede perfectamente disponer lo contrario y dentro de esa hipótesis, si el sustituto carece por ejemplo de la preparación necesaria para dictar el mismo la cátedra en cuestión, tendrá que cumplir la carga por equivalente, estos es, designando a sus expensas un catedrático que lo haga. Cabe comentar que el régimen de suplencia docente de algunas instituciones como la Universidad Central de Venezuela, como es lógico es completamente ajeno a la voluntad del profesor sustituido y dependen exclusivamente de la debida tramitación ante las autoridades respectivas.

³⁷ Véase: REYES S., Pedro Miguel: «El régimen jurídico de la sustitución fideicomisaria en Venezuela». En: *Revista del Consejo de la Judicatura*. N.º 31, Caracas, 1983, pp. 181-192. Véase también: SOJO BIANCO, ob. cit., pp. 360-364; ESCOVAR LEÓN, *Institución de heredero...*, pp. 237 y 238; ABOUHAMAD HOBAICA, ob. cit., p. 227; ROJAS, ob. cit., pp. 271-277; LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 371-378, PIÑA VALLES, ob. cit., pp. 148 y 149; RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 222-225.

³⁸ Véase: LÓPEZ, ob. cit., *passim*.

³⁹ ALBALADEJO, *Sustituciones...*, p. 105.

hasta que otro haya sido sucesor⁴⁰. Por tal razón, indica SANOJO, se denomina también «indirecta», porque el sustituto recibe la liberalidad por intermedio del favorecido en primer lugar⁴¹. Señala REYES que la sustitución fideicomisaria «es aquella donde el testador le impone al heredero la obligación de conservar la herencia y de transmitir tal acervo a otra persona indicada por el causante»⁴². Agrega el autor que en ella la sucesión se hace de manera indirecta u oblicua por cuanto el testador designa sucesores suyos en serie, pero no de forma concomitante, sino uno después de otro, estableciendo en el primero la obligación de conservar y entregar a los posteriores todo o parte de los bienes recibidos⁴³. La presente sustitución exige esencialmente que la persona llamada en primer término acepte⁴⁴.

Según refiere acertadamente ZANNONI, en la misma el testador se propone impedir la disponibilidad de bienes hereditarios por parte del instituido, imponiéndole a su instituido un determinado sucesor⁴⁵. A decir de TORRES-RIVERO, «es una institución sujeta a condición cierta o aun término incierto, *certus an incertus quando*»⁴⁶. Señalaba MARTÍ Y MIRALLES que, efectivamente, si la modalidad de la disposición testamentaria consiste en que un sucesor lo ha de ser después de la muerte de otro, es una verdadera condición⁴⁷: la modalidad *dies incertus quando*, cuando afecta la institución de heredero la hace condicional⁴⁸. En efecto, la institución constituye siempre por su naturaleza, una atribución sometida a plazo o a condición⁴⁹. En opinión de VALLET DE GOYTISOLO, lo que está condicionado es la restitución o tránsito de los bienes fideicomitidos desde el patrimonio

⁴⁰ KIPP *et al.*, ob. cit., p. 443.

⁴¹ SANOJO, ob. cit., p. 22.

⁴² REYES S., ob. cit., p. 182.

⁴³ *Ibíd.*, p. 184.

⁴⁴ CLARO SOLAR, ob. cit., t. XV (III), p. 240.

⁴⁵ ZANNONI, ob. cit., p. 602.

⁴⁶ TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 54.

⁴⁷ Véase: MARTÍ Y MIRALLES, ob. cit., p. 67.

⁴⁸ Véase *ibíd.*, pp. 68 y 69.

⁴⁹ KIPP *et al.*, ob. cit., p. 451.

del heredero instituido, al del sustituto fideicomisario condicional⁵⁰. A diferencia de la sustitución vulgar, en que se nombra un sucesor en vez de otro, la fideicomisaria consiste en nombrar uno para después que lo haya sido otro. Por ejemplo, si se dispone que A sea heredero mientras viva y a su muerte la herencia pase a B⁵¹. «El testador que ordena esta sustitución fideicomisaria se llama fideicomitente; el primer heredero, fiduciario, y el segundo, fideicomisario»⁵². Refiere MÉLICH-ORSINI que nuestro legislador ha admitido la sustitución fideicomisaria dentro de muy delimitados términos en el artículo 963 del Código Civil, lo cual es diferente al fideicomiso testamentario⁵³. Se reseña que la figura deriva del fideicomiso romano⁵⁴, pues se le ubicaba dentro de las variedades de este último⁵⁵. Tiene, pues, antecedentes romanos y evolucionó en el curso de la historia jurídica según las distintas legislaciones⁵⁶.

⁵⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio. Interpretación de testamentos*, vol. II, p. 349.

⁵¹ ALBALADEJO, *Curso...*, p. 270.

⁵² Ídem. En el mismo sentido: CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 400; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio...*, vol. I, p. 238, el sustituto fideicomisario no es heredero directamente del fideicomitente, no por intermediación del sustituido porque tampoco es heredero de éste –como tal sustituto–; REYES S., ob. cit., p. 184, «el heredero en primer grado que recibe la herencia, se denomina fiduciario, y la persona instituida en segundo grado, recibe el calificativo de fideicomisario».

⁵³ MÉLICH-ORSINI, ob. cit., 408 y 409. Véase: *ibíd.*, p. 408, acota que el fideicomiso testamentario es un acto unilateral del fideicomitente que deberá surtir efecto después de la muerte del testador y se caracteriza por la institución de un fiduciario como heredero o como legatario aparente, pero con el ruego de pasar luego la herencia o el legado a la persona indicada por el causante. Nuestro legislador ha negado toda acción al heredero o legatario secreto dirigida a forzar al heredero fiduciario a que ejecute la transferencia por él ofrecida de la herencia o legado (artículo 897 del Código Civil). A su vez distingue éste del negocio fiduciario, que es bilateral entre personas vivas –fideicomitente y fiduciario–, por el que el primero traspa al segundo una situación real o personal para que la utilice en el tiempo y el modo convenido. Figura regulada por la Ley de Fideicomisos. Véase también referencia sobre el fideicomiso: *supra* IX.4.

⁵⁴ DE RUGGIERO, ob. cit., p. 495.

⁵⁵ Véase: BERNAD MAINAR, *Derecho romano...*, pp. 120-122, señala el autor respecto del Derecho romano que el fideicomiso era un encargo de confianza o *fides* que

Supone, pues, el nombramiento de dos o más herederos sucesivos, uno que recibe el caudal cuando fallece el causante, y otro que lo obtiene al morir el primer instituido⁵⁷. Su propósito es favorecer en una forma particular con el usufructo de bienes hereditarios a determinadas personas⁵⁸. En efecto, la figura permite atribuir en uso y goce un bien sin disponibilidad

hacia el testador para después de su muerte; el fideicomitente hacía el encargo en el testamento; el fiduciario era el encargado de hacer el encargo y el fideicomisario es la persona favorecida. Distingue el autor entre las variedades de fideicomisos en el Derecho romano: el fideicomiso universal, la sustitución fideicomisaria, el fideicomiso de familia o residuo y el fideicomiso de libertad.

⁵⁶ Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 362; REYES S., ob. cit., p. 184, la figura nace en Roma no como una forma de sustitución de la herencia, sino bajo la denominación de fideicomiso, que constituía una práctica para eludir el rigor de las normas civiles sobre la libertad de testar y las incapacidades para suceder. La práctica consistía en que el testador designaba un persona capaz de sucederlo, cumpliendo el formalismo establecido, y le rogaba, fuera de todo formalismo, que le entregara la herencia o legado a otra persona incapaz para recibir del testador. El heredero en primer grado tenía la obligación impuesta por su honor y la buena fe, por lo que el incumplimiento del mandato no tenía otra sanción que la impuesta por la conciencia del fiduciario. De allí provino su nombre como fideicomiso, que derivaba de la conjunción de la palabra *fides* que significa «fe» y *commisum* que significa «confiado», esto es, encomendado a la lealtad o fe de alguien.

⁵⁷ LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 262.

⁵⁸ DOMINICI, ob. cit., p. 229. Véase: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y AGUILAR GRIEDER, Hilda: «Orden público y sucesiones (II)». En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. N.º 1985, Madrid, 2005, pp. 1123-1147, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344081622?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername...>, el artículo 781 del Código Civil español proporciona una noción de las mismas, estimando que son aquéllas «en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia». Así pues, la sustitución fideicomisaria supone una vinculación, aunque temporal, de los bienes, al estar obligado el heredero a conservarlos y transmitirlos a un tercero, razón por la que el Código adopta una actitud de recelo, estableciendo límites y condiciones para su admisión (...) Se ha defendido por la doctrina la posible intervención del orden público frente a una legislación extranjera que admita los albaceazgos perpetuos y las vinculaciones de bienes o sustituciones fideicomisarias más allá de los límites previstos por la legislación española.

de la propiedad, que pasará con todos sus atributos a la muerte del primer instituido a quien designe el testador. Sin embargo, se diferencia del usufructo propiamente dicho como derecho real⁵⁹.

Prevé el artículo 963: «Toda disposición por la cual el heredero o legatario quede con la obligación, de cualquiera manera que esto se exprese, de conservar y restituir a una tercera persona, es una sustitución fideicomisaria. Esta sustitución es válida aunque se llame a recibir la herencia o el legado a varias personas sucesivamente, pero solo respecto de las que existan a la muerte del testador». La Ley alude originalmente a «restituir», pero se presenta más apropiado el término «entregar», toda vez que el sustituto no ha tenido previamente la cosa o derecho de que se trate, no obstante que medie la obligación de conservar.

Del citado artículo 963 se admiten tres requisitos para esta especie de sustitución: i. doble vocación: el testador dispone dos veces⁶⁰ de la misma cosa o derecho, mediante un llamamiento directo –heredero– y otro indirecto –sustituto fideicomisario–; este último no sustituye al primero como acontece en la sustitución vulgar, sino que la subsigue recibiendo de este y no del testador, la herencia o legado, ii. obligación de conservar y transmitir⁶¹:

⁵⁹ Véase: DE LA FUENTE HONTAÑÓN, ob. cit., p. 70, la sustitución se diferencia del usufructo en que, desde la muerte del testador, en el usufructo ambos beneficiarios adquieren un derecho, mientras que en el fideicomiso hereda primero el fiduciario, en tanto que el fideicomisario debe esperar que se cumpla el plazo para adquirir la herencia. En el usufructo cada interesado recibe solo parte del dominio –nuda propiedad o usufructo– que solo se consolida al morir el usufructuario, o al término de su plazo. En el fideicomiso ambos reciben el total de los bienes en su respectivo turno. El usufructo concluye con la muerte del usufructuario mientras que en la sustitución fideicomisaria puede haber varias transmisiones sucesivas, de una generación a otra.

⁶⁰ Véase: JOSSERAND, ob. cit., vol. III, p. 401, de allí que el autor indique que este tipo de sustitución supone una operación que se descompone en «dos tiempos»; MAZEAUD *et al.*, ob. cit., vol. III, p. 381, «es una institución de segundo orden»; MESSINEO, ob. cit., p. 123, precisa una doble vocación o llamamiento o doble institución; DE RUGGIERO, ob. cit., p. 497.

⁶¹ MESSINEO, ob. cit., p. 125; DE RUGGIERO, ob. cit., p. 497.

es imperativo y no potestativo la obligación del sucesor de conservar la cosa –no enajenarla o gravarla– a los efectos de la transmisión al sustituto, iii. orden sucesivo⁶²: El sustituto adquiere definitivamente la herencia al fallecimiento del primer instituido. De tal suerte que los herederos de este no tienen derechos sobre el bien objeto de la sustitución⁶³. Puede comprender toda una herencia o parte de ella⁶⁴.

VALLET DE GOYTISOLO distingue, sin embargo, una nota fundamental en este tipo de figura, al señalar que caracteriza la sustitución fideicomisaria dos aspectos: i. el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo, como nota esencial, y ii. la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, como característica natural⁶⁵.

Se resalta que el testador tiene que imponerle al fiduciario las obligaciones de conservar y entregar al fideicomisario los bienes hereditarios recibidos, por lo que no es suficiente la sola imposición de conservar, debe imponerse adicionalmente la de entregar. La obligación de conservar es el presupuesto necesario de la entregar. Opina REYES que si el testador solo impone la obligación de entregar pero guarda silencio sobre la de conservar, ello supone, para algunos, que no estamos en presencia de la institución fideicomisaria por faltar el heredero definitivo; para otros, sí existe sustitución fideicomisaria que califican como de residuo, pues la sustitución solo se daría en el caso de existir sobrante de los bienes que lo integraban, sobre los cuales el fiduciario no podrá disponer por un acto *mortis causa*, sino que tendrá que someterse al contenido de la sustitución pre-existente⁶⁶. Efectivamente, en la doctrina española se afirma que el deber de conservar no es esencial de la sustitución fideicomisaria que pudiera ser dispensada

⁶² MESSINEO, ob. cit., p. 125; DE RUGGIERO, ob. cit., pp. 497 y 498.

⁶³ Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 363; REYES S., ob. cit., pp. 188 y 189; LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., pp. 263 y 264.

⁶⁴ CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 401.

⁶⁵ VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio...*, vol. I, p. 221, y la indisponibilidad en perjuicio del sustituto, puede ser dispensada por disponente.

⁶⁶ REYES S., ob. cit., p. 189.

por voluntad del testador⁶⁷ dando origen a la denominada «sustitución fideicomisaria de residuo»⁶⁸.

Pero en nuestro Derecho, por aplicación del citado artículo 963, debe admitirse que para que la sustitución sea fideicomisaria ha de preverse la imposibilidad de disponer y el deber de conservar. De allí que, ciertamente, sería válida la sustitución por la que el testador en virtud de su libre voluntad no imponga la obligación de conservar al primer instituido, pero simplemente no responderá a la institución particular que analizamos. Así mismo, en forma semejante, respecto a lo acontece en materia de atribución de legado o herencia, donde lo importante no es el término empleado sino la naturaleza de la institución, valdría acotar en el caso venezolano, que no importaría si el testador califica la institución de fideicomisaria, si del contenido y naturaleza de la disposición se evidencia que no se impone la obligación de «conservar»; en tal caso, la sustitución no responderá a la que estamos analizando no obstante la denominación utilizada por el causante.

Se aprecia decisión judicial que indica que por la disposición testamentaria el causante instituyó como heredera fideicomisaria a su hermana «... mi nombrada heredera podrá disfrutar de los bienes de la herencia, sin limitación alguna, pero en caso de muerte de ella, es mi voluntad que los bienes

⁶⁷ Véase: ALBALADEJO, *Curso...*, p. 279; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios de Derecho Sucesorio...*, vol. I, p. 221.

⁶⁸ Véase: ALBALADEJO, *Curso...*, p. 278, aquella en que el testador fideicomitente dispensa en todo o en parte al fiduciario el deber de conservar la herencia para entregarla al fideicomisario; LÓPEZ, ob. cit., *passim*; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, ob. cit., pp. 378 y 379. Véase ibíd., p. 361, puede acontecer cuando la sustitución se hace de manera expresa ya sea dándole el nombre de fideicomisaria, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes al segundo heredero; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, ob. cit., p. 278, cuando el testador atribuye al fiduciario la facultad de enajenar los bienes; CRESPO PRADA, ob. cit., *passim*, «Es aquella sustitución fideicomisaria en la que el testador dispensa, en todo o en parte, al fiduciario del deber de conservar la herencia. De modo que el fideicomisario solo recibirá cuando le corresponda los bienes que resten o queden —el residuo de la herencia—».

de mi herencia pasen a nuestros familiares más cercanos, sin perjuicio de la cuota legítima que en la herencia de (...) puede corresponder conforme a la ley a su legítimo esposo...»⁶⁹. La expresión «podrá disfrutar de los bienes» de dicha cláusula es la que pareciera orientar la disposición dentro de una sustitución fideicomisaria, unida al deber de entregar los bienes a los sustitutos, porque el disfrute no supone disposición sino conservación.

De tal suerte, que puede considerarse que la sustitución fideicomisaria, constituye en virtud de disposición testamentaria o voluntad del causante, la transmisión necesaria de un derecho de un sujeto a otro, a la muerte del primero. El testador concede un derecho condicionado al primer instituido, el cual no puede disponer del mismo y debe conservarlo para su posterior entrega, pues a su muerte está comprometido de transmitirlo al sustituido por el *de cuius*.

REYES indica varias limitaciones de la sustitución fideicomisaria en el régimen sucesoral venezolano, a saber: no podrá en forma alguna gravar la legítima; se requiere que todos los llamados existan a la muerte del testador; no está permitido dentro del marco de la institución que el testador al designar fiduciario delegue en él la facultad de designar fideicomisario –tal disposición sería válida pero no constituiría una sustitución fideicomisaria–; el fiduciario está obligado a entregar la herencia al fideicomisario, teniendo derecho a deducir exclusivamente los montos que le correspondan por gastos legítimos –por defensa de la herencia, créditos contra la herencia y mejoras–; el fiduciario podrá enajenar y gravar su propio derecho, dejando a salvo los derechos del fideicomisario, podrá gozar como heredero que es, pero con la conducta de un buen padre de familia con las cosas objeto de la sustitución⁷⁰.

⁶⁹ Véase: TSJ/SCC, sent. N.º 1025, del 18-12-06, «el juzgador, al establecer los hechos, lo hace basándose en la hipótesis de una sucesión intestada, cuando en realidad, en la herencia cuya partición se ha demandado existe un testamento, mediante el cual el causante instituyó como heredera fideicomisaria a su hermana».

⁷⁰ REYES S., ob. cit., pp. 189-191.

El artículo 964 prevé: «La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución del heredero o a la del legado». Se acota que esto significa que si se declara la nulidad de la sustitución fideicomisaria, se tendrá como válida y eficaz el primer llamamiento y como no escrito el segundo⁷¹. De lo que se deduce que el instituido como heredero o legatario no está obligado a conservar y entregar la herencia o el legado, pues tal obligación se considera no puesta al ser nula la sustitución fideicomisaria⁷². La primera disposición no depende en modo alguno de la segunda, y por lo tanto no hay motivo para que su nulidad sea una consecuencia de la otra⁷³; la institución será válida, quedando el instituido sin la obligación de conservar y restituir⁷⁴.

No ha faltado la crítica del instituto por la situación de indisponibilidad que afecta al primer instituido. Así señala ALCALÁ-ZAMORA que la figura constituye una forma típica de invasión: «A diferencia del testamento normal, que deja intacta la testamentifacción de las nuevas generaciones y solo regula el tránsito ocasionado por la muerte del testador, la vinculación o la substitución similar regulan tránsitos entre varias y futuras generaciones, cercenando el campo de la testamentifacción en el porvenir, que es tanto como constreñirla en su alcance efectivo hasta hacerla casi ilusoria»⁷⁵. Concluye el autor que la invasión existe en la substitución de personas vivas porque lo respetuoso y biológico es que la sucesión de los que mueren a los que existen, mas no que avance sobre el no mostrado porvenir y aun cuando sea en dos generaciones, haya una que teste por ambas, dejando en la esfera de la otra una merma, objetivamente igual a la invasión

⁷¹ *Ibíd.*, p. 191. Véase disposición similar en la legislación española (artículo 786): ALBALADEJO, *Curso...*, p. 278, «La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; solo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria».

⁷² ROJAS, *ob. cit.*, p. 276.

⁷³ SANOJO, *ob. cit.*, p. 26.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 27.

⁷⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, *ob. cit.*, p. 98.

sobre su día y tránsito realizada⁷⁶. Sin embargo, acota que siempre en el fondo de toda sustitución, fundada o no, late la desconfianza al primer instituido⁷⁷, aunque la prohibición de enajenar y gravar absorba y mutile en curso biológico la potestad de testamentifacción⁷⁸.

En el ámbito nacional, señala ROJAS que dados los múltiples inconvenientes que la aplicación de esta especie de sustitución generó en el curso de la historia, por ser contraria a la libertad de disponer y testar⁷⁹, está prohibida en la mayoría de los códigos extranjeros⁸⁰. En el mismo sentido, en la doctrina nacional, refiere ABOUHAMAD que la sustitución fideicomisaria ha sido eliminada en otros ordenamientos civiles porque la misma vincula el derecho de propiedad sustrayéndola de la libre comercialización en detrimento de la economía, a diferencia de la sustitución vulgar que en nada contradice ni rechaza ni la comercialización ni los principios sucesoriales⁸¹. De allí que otras legislaciones prevean límites temporales para la aplicación de la figura so pena de ineficacia⁸², así como la consagración que si es dudoso si una persona ha sido instituida como sustituto vulgar o como fideicomisaria, se le considerará vulgar⁸³, a fin de asumir la interpretación menos perjudicial para el segundo instituido.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 100.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 110.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 111.

⁷⁹ ROJAS, *ob. cit.*, p. 273.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 272; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y AGUILAR GRIEDER: *ob. cit.*, pp. 1123 y 1124, «Las sustituciones fideicomisarias se prohibieron en el Código de Napoleón y en las legislaciones inspiradas en él y se permitieron, en mayor o menor grado, en el Derecho austríaco (artículo 608 ABGB) y alemán (artículo 2100 BGB)».

⁸¹ ABOUHAMAD HOBAICA, *ob. cit.*, p. 227.

⁸² KIPP *et al.*, *ob. cit.*, p. 464.

⁸³ *Ibíd.*, p. 438; MARIÑO PARDO, Francisco: «La sustitución vulgar III. Determinación de los sustitutos, los sustitutos recíprocos y las sustituciones vulgares tácitas». En: *Iuris prudente*. 30-09-14, <http://www.iurisprudente.com/2014/09/la-sustitucion-vulgar-iii-determinacion.html>, «En la jurisprudencia se ha reconocido la regla interpretativa *in dubio contra fideicomiso*. Así si el testamento establece una sustitución sin precisar su especie, se deberá entender como vulgar y no como fideicomisaria».

2.3. *Pupilar*⁸⁴

El artículo 966 prevé: «El padre, y en su defecto, la madre, podrán hacer testamento por el hijo incapaz de testar para el caso en que éste muere en tal incapacidad, cuando el hijo no tenga herederos forzosos, hermanos ni sobrinos». Lo primero que salta a la vista es que el supuesto no se corresponde propiamente con la noción de sustitución donde «el causante» designa un sustituto, sino que se traduce en una sustitución, pero en la realización del acto testamentario por parte de los progenitores. Ello no obstante estar ubicada la norma en el Código sustantivo como último artículo dentro de la Sección VII titulada: «De las sustituciones».

Refiere ALBALADEJO que se calificaba de sustitución pupilar la que se realiza respecto de un pupilo o impúber porque la edad en que podía testar coincidía con la pubertad⁸⁵. En el Derecho romano la sustitución pupilar consistía en el nombramiento de un heredero al propio hijo impúber⁸⁶. El término «pupilar» no pareciera ser el apropiado para calificar a la figura en nuestro Derecho porque a falta de distinción la norma también aplica a los hijos adultos con incapacitación absoluta. De allí que la figura debería denominarse testamento por los progenitores del incapaz⁸⁷ o –como acertadamente lo ha calificado la doctrina– testamento sustitutorio⁸⁸, porque

⁸⁴ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, pp. 380-384; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 150; RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 226 y 227.

⁸⁵ ALBALADEJO, *Sustituciones...*, p. 121.

⁸⁶ Véase: BERNAD MAINAR, *Derecho romano...*, p. 109.

⁸⁷ En el caso venezolano la institución según el artículo 966 del Código Civil aplica al hijo incapaz en general y no únicamente al menor de edad. Si se pretende asociar por otra parte, el término «pupilo» con la institución tutelar, cabría acotarse que la norma aplica solo a los padres quienes ejercen respecto de los menores la patria potestad y respecto del hijo mayor de edad bajo incapacitación absoluta –interdicción judicial– operaría la tutela. Con ello queremos acotar que a todo evento en nuestro ordenamiento el término tradicional «pupilar» no agota el artículo bajo análisis, pero como en otras ocasiones el término no hace al concepto. Pues, en todo caso, tampoco debería denominarse «sustitución».

⁸⁸ Como veremos *supra* que lo califica ALBALADEJO.

se reduce a una sustitución pero en el acto personalísimo de testar. A todo evento, ya que el supuesto supone el hijo incapaz de testar, vale recordar que no aplica al hijo menor de edad con 16 años o con menos edad pero casado, divorciado o viudo⁸⁹.

La sustitución pupilar pretende que los padres eviten la sucesión intestada de su hijo incapaz⁹⁰. Se dice que constituye una mal llamada forma de sustitución que data del Derecho romano⁹¹, que pocos códigos prevén y que ha caído en desuso. Se le objeta –con razón– que no constituye propiamente una sustitución, sino una forma de testamento hecho en nombre ajeno que desvirtúa el carácter personalísimo del acto testamentario⁹².

No es, pues, una verdadera sustitución sino una excepción al carácter personalísimo del testamento⁹³. De allí que indique ALBALADEJO que verdaderamente la sustitución pupilar constituye una derogación a la regla según la cual el testamento es un acto personalísimo, que solo tiene en común con la sustitución vulgar el nombre, porque en esta hereda un suplente por el instituido, en tanto que en la que nos ocupa una persona testa por otra⁹⁴. Tal supuesto, a diferencia de la sustitución –vulgar o fideicomisaria– que es una institución de heredero, presenta como nota distintiva que no es ordenada por el causante; por lo que está fuera de la noción de sustitución, de allí que el autor aluda más bien a «testamento sustitutorio»⁹⁵. En efecto, el supuesto se traduce en la posibilidad de que un sujeto distinto al causante

⁸⁹ Véase: artículo 837.1 del Código Civil; *supra* VI.2.1.

⁹⁰ Véase: LÓPEZ, ob. cit., *passim*.

⁹¹ Véase: GUTIÉRREZ BARRENGOIA *et al.*, ob. cit., pp. 262 y 263; Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 411.

⁹² Véase: SOJO BIANCO, ob. cit., p. 364; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 227; FERRANDO BUNDIO, ob. cit., p. 93.

⁹³ LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 382. Véase también: SANOJO, ob. cit., p. 22, no puede llamarse propiamente sustitución, siendo más bien la ordenación de la última voluntad del hijo incapaz.

⁹⁴ ALBALADEJO, *Curso...*, p. 266.

⁹⁵ ALBALADEJO, *Sustituciones...*, p. 176.

—y con anterioridad a la muerte de este— otorgue testamento disponiendo de los bienes del mismo, lo que se ha interpretado como un caso de testamentificación por otro⁹⁶.

La institución surge tardíamente en Roma, a modo de privilegio⁹⁷, por lo que se afirma que es una figura de honda raigambre romana prevista para evitar que impúberes o incapacitados, al no poder otorgar testamento válido, fallecieran sin heredero designado, lo que en Roma era valorado muy desfavorablemente⁹⁸. Actualmente solo conserva un valor histórico que data del Derecho romano; en Derecho moderno no debería pervivir tal instituto, dado el carácter personalísimo del testamento⁹⁹. La institución constituye una reminiscencia histórica, que no tiene sentido en la actualidad toda vez que al incapaz igualmente lo rige la sucesión legal o *ab intestato*, y de no existir familiares, en todo caso sucede el Estado¹⁰⁰. Porque aunque la norma aplicaría si «no tenga herederos forzosos, hermanos ni sobrinos», no tiene sentido lógico excluir a tíos, primos y otros parientes del incapaz que son llamados eventuales en la sucesión legal.

⁹⁶ ASÚA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 33.

⁹⁷ LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 282, consistía en la facultad reconocida por JUSTINIANO con carácter general, *humanitatis intuitu* al ascendiente, aun sin tener la patria potestad, de nombrar sustituto al descendiente que sufriese perturbación mental —*furiosus*— e incapaz por este motivo de testar, a condición de que aquel lo instituyese heredero por lo menos en cuanto a la legítima. Véase también: ASÚA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 33, «su origen se encuentra en el Derecho romano» a fin de que la sucesión intestada no se produjera.

⁹⁸ CARRIÓN OLMOS *et al.*, ob. cit., p. 398.

⁹⁹ Véase: ZANNONI, ob. cit., pp. 601 y 602.

¹⁰⁰ La disposición no se justifica en un ordenamiento donde la sucesión *ab intestato* siempre tiene un destinatario final que de no ser los mismos progenitores del incapaz u otro pariente colateral, sería la Nación. No es muy consecuente nuestro ordenamiento al desviar a favor de la Nación las disposiciones genéricas a favor del alma, los pobres u otros (véase *supra* VI.4.b), para eventualmente privar a la Nación de una herencia por expresa voluntad del progenitor del incapaz, en perjuicio del carácter esencialmente personalísimo del testamento.

Se aprecia estudio foráneo a favor de permitir que el padre vea más allá de su propia muerte «sino también la de su hijo»¹⁰¹. Sin embargo, se olvida que la figura en comentario –a diferencia de la sustitución ejemplar¹⁰² que veremos de seguidas, y que afecta solo los bienes dejados por el testador al incapaz– permite disponer del destino de los bienes del hijo aunque tal patrimonio no emane del progenitor que testa, pues bien podría haberlos adquirido el incapaz por otra vía, como trabajo, herencia, donación o legado de personas distintas a los progenitores.

Aunque algunos sean afectos a la presente disposición¹⁰³, la misma es susceptible de diversas críticas: i. contraría el carácter por esencia personalísimo del acto testamentario; ii. no distingue si el hijo incapaz es mayor¹⁰⁴ o menor de edad, siendo que este último si es adolescente ya

¹⁰¹ Véase: FILIPPI, María Cristina *et al.*: «La causa curiana ¿Sería posible siguiendo el modelo romano, reimplantar en el Código Civil la sustitución pupilar?». En: <https://docplayer.es/11630081-La-causa-curiana-seria-posible-siguiendo-el-modelo-romano-reimplantar-en-el-codigo-civil-la-sustitucion-pupilar.html>, Se responde afirmativamente a la preguntaba de si sería posible reimplantar en Argentina la sustitución pupilar consagrada por el Derecho romano, con base en un famoso caso –causa curiana– que tuvo lugar en la antigua Roma. Agregan en la conclusión: «Por cierto, loco o menor de edad le dejará los bienes a éste, y si el llegare a adquirir la capacidad dispondrá de ellos como le plazca para el momento en que, a su vez, le toque dar el salto a la eternidad».

¹⁰² Véase *infra* x.2.4.

¹⁰³ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. 1, p. 382, «A nuestro juicio, la sustitución pupilar –a pesar de que es poco utilizada en la práctica– es una institución interesante y útil, que vale la pena conservar en nuestra legislación»; SANOJO, *ob. cit.*, p. 27, «nada más natural que la disposición de este artículo. Cuando faltan las personas que tienen vínculos más estrechos con el incapaz, cuales son sus descendientes, ascendientes, hermanos y sobrinos, es muy probable que el padre o la madre acierten al hacer la designación del heredero del incapaz».

¹⁰⁴ Si bien la norma prevé que no se tenga herederos forzosos lo que incluye al cónyuge, es de recordar que para algunos –criterio que adversamos– el cónyuge con capitulaciones matrimoniales, equivale a separado de bienes y por tal no sería heredero legítimo o forzoso (véase *supra* 1x.3), lo llevaría al insólito absurdo de que el cónyuge del incapaz vería a su suegro testar por su cónyuge.

tiene discernimiento¹⁰⁵; iii. permite al progenitor disponer por el hijo incapaz inclusive de bienes que no le ha atribuido este —a diferencia de la ejemplar—¹⁰⁶; iv. contiene una referencia discriminatoria en razón del género al darle preeminencia al padre sobre la madre, situación superada en la reforma del Código Civil de 1982¹⁰⁷; v. no se justifica que existiendo la sucesión *ab intestato* que alguien teste por otro, pues jamás se puede garantizar que se correspondería con el sentir del incapaz.

En el caso del adulto incapaz, la norma en comentario bien podría entenderse derogada tácitamente por la Ley para las Personas con Discapacidad¹⁰⁸. Pero, en todo caso, el citado artículo roza el límite de la inconstitucionalidad, por lo que de presentarse una aplicación de la norma en comentario, en razón de la muerte del incapaz o en general a petición de los interesados, la norma podría ser desaplicada por vía del control difuso de la constitucional, por ser contraria a la dignidad del incapaz¹⁰⁹, vulnerando derechos legítimos de terceros¹¹⁰. Pues testar por un incapaz

¹⁰⁵ En el caso del adolescente, es contrario a obvia su capacidad natural y progresiva reconocida por la ley en atención a su discernimiento, por lo que podría presentarse el absurdo de testar por un adolescente que si bien no cuenta con capacidad de testar, tiene pleno discernimiento. Véase: VARELA CÁCERES, *La capacidad de ejercicio...*, pp. 125 y ss.

¹⁰⁶ Véase en tal sentido: ALBALADEJO, *Curso...*, p. 267; *infra* x.2.4.

¹⁰⁷ Que estableció la patria potestad conjunta incluyendo el atributo de la representación. Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 384, vista la reforma del Código Civil de 1982, debe concluirse la igualdad de categoría entre el padre y la madre.

¹⁰⁸ Publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 598, del 05-01-07, que en sus disposición derogatoria única indica: Primera: «Se deroga el artículo 410 del Código Civil vigente, y cualquier disposición de carácter legal que colide con la presente ley», la cual consagra la igualdad e integración. Toda vez que el entredicho judicial presenta una discapacidad o afección mental.

¹⁰⁹ Vulnerando el acto personalísimo de testar que no admite representación; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Derecho Civil Constitucional...*, p. 163.

¹¹⁰ Esto es, de aquellos sujetos que sucederían *ab intestato* de no existir tal norma, entre los que cabe incluir no solo a los parientes colaterales sino también a la Nación. No cabría alegar la intrascendencia del asunto dada la muerte del incapaz, porque debe

no solo afecta a este, sino a quienes hubiesen sucedido de darse la sucesión *ab intestato* basada en el orden natural impuesto por el legislador. Para quien no quiere o no puede testar existe la sucesión legal¹¹¹. De allí que es enteramente recomendable eliminar de *lege ferenda* la disposición que da pie al presente supuesto en nuestro ordenamiento, por traducirse en una derogatoria de la sucesión legítima derivada de la vulneración de la acto personalísimo de testar. La utilidad del instituto sería enteramente excepcional y limitada para aquellos incapaces absolutos, pero con parientes lejanos colaterales al límite de la indignidad, que justificarían una disposición o intervención paterna que desvirtúe la sucesión legal, así como en caso de una suerte de disposición condicionada al cuidado del incapaz.

2.4. Ejemplar

Prevé el artículo 965: «Puede el testador dar sustituto a los incapaces de testar, respecto de los bienes que les deje, para el caso en que el incapaz muera en la incapacidad de testar, excepto respecto de lo que tengan que dejarles por razón de legítima». Es decir, el testador puede prever sustituto inclusive respecto de los incapaces de testar, pero en la parte disponible o no sujeta a la legítima.

privar la sucesión *ab intestato* que consagra la ley para suplir la presunta voluntad del causante en atención al orden natural de sus afectos. Pues, en definitiva, el testar por otro a cuenta de la incapacidad representa una disposición de bienes ajenos; vale recordar que el representante del incapaz ejerce un oficio en interés de su representado, por lo que su función solo se dirige en beneficio, de este último; en el caso en comentario no hay interés que justifique el testar por otro. Ha de rechazarse radicalmente la representación en el acto de testar, aunque provenga de parte de seres cercanos como los progenitores.

¹¹¹ Véase: LÓPEZ FRÍAS, ob. cit., *passim*, «En otros tiempos, tales sustituciones se hacían «por oficio de piedad», para que el hijo incapaz no muriera intestado, situación nada loable para él y su familia. Pero actualmente, la existencia de normas lógicas de sucesión *ab intestato* han restado ‘dramatismo’ a la necesidad de testamentifacción y a la insustituibilidad para hacerlo».

La presente hipótesis algunos la denominan sustitución «sustitución cuasipupilar»¹¹² y otros cuasi-fideicomisaria¹¹³, según se considere próxima a una de las especies estudiadas —y de allí el prefijo «cuasi», en cada caso—. También se le califica de «ejemplar»¹¹⁴, porque, a decir de algunos, surge a ejemplo de la pupilar¹¹⁵. En lo relativo a la legítima, no puede adjudicarse sustituto porque ella opera por imposición legal y no por voluntad del testador¹¹⁶.

En el supuesto bajo examen, el testador respecto de los bienes que asigna, escoge al sustituto del incapaz de testar, mientras que en la pupilar —que comentamos previamente— la escogencia o sustitución la realizan los progenitores de este. Aunque en la sustitución pupilar, según indicamos, los bienes no precisan ser atribuidos o dejados por el progenitor que testa. Coinciden, sin embargo, ambas figuras en considerar el destino de los bienes del incapaz a su muerte, acercándose la presente más a una sustitución y traduciéndose la anterior en una violación al acto personalísimo de testar¹¹⁷.

¹¹² Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 54, alude a cuasipupilar o ejemplar; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 149; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 225.

¹¹³ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 378, sólo utiliza tal término en su título; VIZCARRONDO P., ob. cit., p. 47; PIÑA VALLES, ob. cit., p. 149; VILLAROEEL RIÓN, ob. cit., p. 170.

¹¹⁴ Véase: TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 54.

¹¹⁵ Véase la doctrina española, aunque el término aplica a un caso distinto al venezolano: LACRUZ BERDEJO *et al.*, ob. cit., p. 282, Otros la denominan ejemplar, pues es calcada sobre el modelo de la sustitución pupilar, y se le denomina «ejemplar» o «quasi pupilar» por establecerse *ad exemplum pupillaris substitutio*; POLACCO, ob. cit., p. 414. Véase también: SERRANO ALONSO, *Manual...*, p. 156, el nombre de «ejemplar» deriva del Derecho romano el cual esta forma de sustitución se introdujo a ejemplo o semejanza de la sustitución pupilar; ALBALADEJO, *Sustituciones...*, p. 121, calificase de ejemplar —o también cuasipupilar— a la otra, por haber sido introducida por analogía a la pupilar, o a semejanza de la misma, o siguiendo su ejemplo. Véase en el mismo sentido: BERNAD MAINAR, *Derecho romano...*, p. 110.

¹¹⁶ RAMÍREZ, ob. cit., p. 277.

¹¹⁷ Véase: Constitución, artículo 81 en caso de personas con discapacidad garantiza el respecto a su dignidad humana —en la que se incluye el adulto entredicho por afección mental grave—. Los artículos 78 y 79 relativos a los niños y adolescentes como sujetos plenos y activos en proceso de desarrollo, que han de ser protegidos

Comenta TORRES-RIVERO que la presente sustitución que denomina el autor «cuasi-pupilar» y la pupilar, tienen en común que el testador instituye a quien ha de suceder a una persona incapaz de testar, caso en el cual el testamento va a regir la sucesión de esta, de morir en tal incapacidad. En la cuasi-pupilar el instituido es un incapaz de testar, y en cuanto a lo que le deja el testador, este le nombra sucesor, es decir, su sustituto. En la pupilar el instituido no es sucesor del testador sino de un hijo de éste incapaz de testar¹¹⁸. En la sustitución pupilar estudiada previamente, el progenitor que dispone por su hijo no precisa haberle dejado los bienes¹¹⁹, pero ambas figuras coinciden en que opera la sustitución en el caso de que el instituido sea incapaz al momento de su fallecimiento.

LÓPEZ HERRERA opina que la presente sustitución, que califica de «cuasi-fideicomisaria», «en esencia, es la misma sustitución fideicomisaria, pero dispuesta por el testador en el caso específico de que el heredero o el legatario primeramente instituido sea incapaz de testar y para que funcione únicamente en el supuesto de que dicho incapaz fallezca cuando todavía se encuentre en esa situación de incapacidad»¹²⁰. Agrega —citando al español ALBALADEJO aunque acota que la figura no tiene parangón en otros ordenamientos¹²¹— que la sustitución cuasi-fideicomisaria es una institución

por el ordenamiento. Véase también en general la cláusula abierta del artículo 22 que consagra el carácter enunciativo de los derechos, entre los que cabe incluir la libre disposición de la persona.

¹¹⁸ TORRES-RIVERO, *Teoría...*, t. II, p. 54.

¹¹⁹ Debe admitirse sin embargo, que esta forma de sustitución no presenta el mismo matiz abusivo de la anterior que contraría el carácter personalísimo del testamento, porque en la presente los bienes respecto de lo que se designa sustituto, emanan del testador o causante, a diferencia de la pupilar en la que se dispone por la simple condición de progenitor del incapaz. Sin que sea óbice para que un progenitor acuda a esta figura respecto de la cuota disponible o no afectada por la legítima de su hijo incapaz. De allí que la figura solo tiene en común con la «pupilar» la existencia del instituido «incapaz». Aunque de ellos derive la denominación atribuida «cuasi-pupilar» por un sector de la doctrina.

¹²⁰ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 378.

¹²¹ Véase: *ibíd.*, p. 380 cuando afirma «no conocemos legislación alguna vigente, distinta de la nuestra, que admita la sustitución cuasi-fideicomisaria».

efectuada con la carga de conservar y restituir al segundo instituido pero sujeta a condición suspensiva de que el primer instituido muera siendo aun incapaz para testar¹²².

No creemos, por nuestra parte, que la presente sustitución —a falta de indicación expresa de la norma— suponga para el incapaz la carga de «conservar y restituir», característica de la sustitución fideicomisaria, que debe ser impuesta expresamente por el testador¹²³. Por lo que no se trata de una especie de esta última, sino de un caso particular de sustitución. Vale recordar que algunos denominan la presente «cuasi-pupilar» porque la consideran más próxima al supuesto anteriormente analizado. Respecto de cuyo equivalente indica la doctrina española¹²⁴, tal sustitución no entraña verdadero gravamen; el sustituido puede disponer de los bienes *inter vivos*¹²⁵; por tanto, recibe bienes sin ningún tipo de carga¹²⁶. En la presente

¹²² Véase: *ibíd.*, p. 379, nota 15. Véase en el mismo sentido: RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pp. 225 y 226, aclara el autor que en realidad se trata de una sustitución fideicomisaria, porque se está imponiendo al heredero, la conservación del bien para ser transmitirlo a quien designe el testador como herederos o legatarios sustitutos; pero con una condición suspensiva, esto es, que el heredero o legatario instituido en primer lugar siga siendo incapaz de testar al momento de su muerte.

¹²³ La presente constituye una sustitución particular derivada de la norma bajo análisis, distinta y ajena a la sustitución fideicomisaria, por lo que no cabe aplicarle al caso en comentarios las restricciones de la esta última. Véase en sentido contrario: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 379, considera aplicables a la sustitución bajo análisis las mismas reglas de la sustitución fideicomisaria, porque según indicamos el autor considera que es una especie de ésta sometida a la condición suspensiva de la incapacidad a la muerte del instituido.

¹²⁴ La sustitución pupilar y ejemplar del ordenamiento español responde a nuestra sustitución pupilar y no la que comentamos. Véase: ALBALADEJO, *Curso...*, p. 266, la ejemplar supone que el padre o ascendiente testa por el hijo menor de 14 años, y la ejemplar, cuando lo hacen por el adulto o mayor de 14 años con falta de juicio; LÓPEZ, *ob. cit.*, *passim*; GUTIÉRREZ BARRENENGOA *et al.*, *ob. cit.*, pp. 262 y 278.

¹²⁵ Inclusive excepcionalmente no obstante su incapacidad, pudiera mediar a través del representante acto de disposición autorizado judicialmente en caso de necesidad.

¹²⁶ ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada: «Sustitución ejemplar: reciente jurisprudencia y su diferenciación de otras instituciones». En: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2009-sustitucionejemplar.htm>.

sustitución, el incapaz no tiene la obligación de conservar el bien para el sustituto, lo que supondría una pesada carga para su condición que solo podría serle impuesta por disposición expresa del testador¹²⁷. Simplemente, la sustitución tendría lugar en el estado en que se encuentre el bien a la muerte del incapaz, si es que todavía está en su patrimonio¹²⁸. La sustitución solo opera «para el caso»¹²⁹ que el instituido siga siendo incapaz a su muerte y por tal no pueda testar, y obviamente tenga en su haber todavía el bien de que se trate¹³⁰. La presente sustitución queda sin efecto si el incapaz instituido recobra o adquiere su capacidad¹³¹ subsistiendo la institución a su favor. Pues el fin de la figura apunta a que el testador pueda disponer del destino del bien si no pudo hacerlo el incapaz en razón de su imposibilidad de testar.

De tal suerte, que se trata de una sustitución especial, con características propias y particulares, respecto de la que pudiera prescindirse de los términos «cuasi» asignados por un sector de la doctrina nacional —«cuasi-fideicomisaria» o «cuasi-pupilar»— a fin de evitar confusiones por aproximación, subsistiendo solo la denominación «ejemplar», pero más que porque sea calcada a ejemplo de cualquiera de las anteriores, simplemente porque constituye un ejemplo de la figura de la «sustitución» en términos generales. Podríamos decir que se trata de una norma que recoge un tipo particular de sustitución con características propias.

¹²⁷ En cuyo caso si se trataría de una sustitución fideicomisaria, que por suponer por definición una carga para el incapaz precisaría de autorización judicial de parte del representante legal de éste.

¹²⁸ Y como acota la norma que la consagra, con el referido respeto a la legítima que impone la norma, pues la sustitución opera solo sobre la cuota disponible.

¹²⁹ En expresión del citado artículo 965 del Código Civil.

¹³⁰ Véase: PIÑA VALLES, ob. cit., p. 149, precisa la condición de que tal incapacidad se mantenga para el momento de la muerte. Es requisito de la sustitución que solo se refiere a los bienes que el testador deje al incapaz; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 225.

¹³¹ Véase: LÓPEZ HERRERA, *Derecho...*, t. I, p. 379.

Se deriva naturalmente del artículo 965 del Código Civil que la sustitución ejemplar precisa la incapacidad del instituido al momento de otorgar el testamento, concretándose la sustitución solo si tal estado subsiste a la muerte del incapaz. LÓPEZ HERRERA se pregunta la suerte de disposición testamentaria que instituya sucesor a una persona capaz, pero que se le instituye sustituto para el caso de que fallezca siendo incapaz de testar; tal disposición –para el autor– si bien es válida, no responde a una sustitución «cuasifideicomisaria» propiamente dicha porque el primer instituido no era incapaz de testar cuando el *de cuius* dispuso a su favor¹³². Debe observarse que para una sustitución sea fideicomisaria precisa necesariamente, a tenor del artículo 963 del Código, la obligación de conservar y restituir, pero es obvio que el ejemplo colocado por el autor no responde a la sustitución «ejemplar» bajo análisis, que precisa entre sus requisitos especiales la incapacidad de obrar del instituido tanto al momento de otorgar el testamento el *de cuius* como al instante de la muerte del incapaz.

Vistas las diversas especies de sustituciones, es fácil deducir la razón por la cual algunas legislaciones, como la mexicana, solo admiten la sustitución vulgar¹³³, así como la peruana¹³⁴, pues la misma es la sustitución por antonomasia¹³⁵ que permite dar cabida a la suplencia respecto a la voluntad

¹³² Véase: ídem, con inclusión de nota 15.

¹³³ BAQUEIRO ROJAS y BUENROSTRO BÁEZ, ob. cit., p. 301.

¹³⁴ Véase: DE LA FUENTE HONTAÑÓN, ob. cit., pp. 71 y 72, insistimos en indicar el rechazo final de esta forma de sustitución al considerar que iba a ser otra manera de vinculación de los bienes. Es decir, que se violaría el precepto que declaraba que no se puede establecer la prohibición de enajenar (artículo 852). En definitiva, el legislador consideró que constituía un privilegio en la transmisión sucesoria, que como tal no debía ser permitido (...) El actual Código Civil de 1984, solamente regula la sustitución directa o vulgar en la institución de berederos o legatarios. Ni la fideicomisaria, ni la pupilar y ejemplar han sido contempladas. Aunque es cierto que no han sido expresamente prohibidas. Los juristas LANATTA y CASTANEDA indican que el Código no las admite.

¹³⁵ Véase: ESPÍNEIRA SOTO, ob. cit., *passim*, la sustitución vulgar es una sustitución subsidiaria, que consiste en el nombramiento de una persona que sustituirá al heredero si éste no ingresa en la herencia; no hay más que un beneficiado y una sola transmisión.

del testador sin afectar la libre disposición de los bienes, ni contrariar el carácter personalísimo del acto testamentario¹³⁶.

¹³⁶ Véase: POLACCO, ob. cit., p. 414, de las cuatro especies solo se ha conservado la sustitución vulgar, la sustitución fideicomisaria se halla proscrita, y de las otras se guarda silencio que importa rechazo porque no responde a las ideas de nuestros tiempos y a conceptos fundamentales de la legislación hereditaria.